

## 研究ノート

## 立法裁量の「判断過程統制」論、その後

山 本 真 敬

序

Ⅰ. 前置き—立法裁量の「判断過程統制」の観念

Ⅱ. 衆 院

Ⅲ. 参 院

Ⅳ. 若干の検討

結

## 序

かつて本稿筆者は、藤田宙靖最高裁判所裁判官（当時）の「判断過程統制」について検討を加えたことがあるが〔山本2011〕、立法裁量の「判断過程統制」の判例における展開について取り扱う本稿は、いわばその“続編”である。

立法裁量の「判断過程統制」は、参議院議員選挙の「1票の較差」に関する最大判2004年1月14日民集58巻1号56頁（以下、2004年判決）「補足意見2」を嚆矢とする。2004年判決まで、選挙制度に係る立法裁量の広さを強調することにより余程のことがない限り（較差6倍を超えない限り）違憲状態の判断に至らないとする多数意見と、較差が2倍未満であるべきことを強く主張する反対意見の2つに最高裁内部が分かれたまま膠着状態に陥っていた中で、それは登場した。2004年判決、最大判2006年10月4日民集60巻8号2696頁（以下、2006年判決）、そして最大判2009年9月30日民集63巻7号1520頁（以下、2009年判決）を経るなかで、最高裁自らが「実質的にはより厳格な評価」がなされるようになってきたと述べるよ

（1） なお、2004年判決以前においても、「誠実な努力」や「最善の努力」が語られることがある（例えば、最大判1998年9月2日民集52巻6号1373頁における尾崎行信・福田博追加反対意見や最大判2000年9月6日民集54巻7号1997頁における梶谷玄追加反対意見）。これらは、不可避免的に生ずる較差を除き較差を1対1に近づけるべく「努力」を行っていないことを断じている。特に、尾崎・福田追加反対意見は、（諸外国の例を挙げる文脈ではあるが）「真しな努力」も語っている（民集52巻6号1396頁）。

うに、かつての判例からすれば違憲とは判断されてこなかった参議院議員選挙の「1票の較差」について、最大判2012年10月17日民集66巻10号3357頁（以下、2012年判決）は違憲状態判決を下した。

ところで、2004年判決「補足意見2」が出された当初に比べ、最近では、立法裁量の「判断過程統制」についての研究はあまり多く見られないように思われる。そこで本稿では、衆議院議員選挙および参議院議員選挙の「1票の較差」訴訟の最高裁判決における「判断過程統制」について、本稿筆者が旧稿で検討した2009年判決より後のものを検討してみたい。

## I. 前置き—立法裁量の「判断過程統制」の観念

ここで、本稿の検討対象である「判断過程統制」の観念について触れておく必要がある。<sup>(3)</sup> 2004年判決の「補足意見2」から2009年判決までの「判断過程統

(2) 2004年判決の「補足意見2」は、亀山継夫・横尾和子・藤田宙靖・甲斐中辰夫裁判官によるものであった。このうち、亀山裁判官は、2004年判決の「補足意見2」の追加補足意見において、「現在の状況は、私たちの意見で指摘したように、選挙権平等の観点から憲法上既に看過しがたい危機的な段階に立ち至っている」と述べている。また、横尾裁判官は、衆議院は較差2倍以下、参議院は較差3倍以下でなければならないという実体的基準を後に明らかにしている。さらに、甲斐中裁判官は、2006年判決において投票価値の不平等が違憲状態にあることを明言しつつ、不作為につき相当期間が経過していないとしている（その他の判決では多数意見にのみ関与）。推測の域を出ないが、藤田裁判官を除く3名は、後に本文で述べる「二元的」枠組みのもとでの不作為を問題にしていたと理解できるのではない。つまり、2004年判決「補足意見2」は、「一元的」枠組みの藤田裁判官と「二元的」枠組みの他の3名の裁判官が、とにかく“目下の状況で何もしないのは問題である”という点でのみ共通の意見を形成できたものと整理できるだろう。

(3) 立法裁量の「判断過程統制」が「応用」[福井 2007, 39; 山本 2011, 224 註13] したとされる行政裁量の「判断過程統制」をここで論じる余裕はない。一般的な理解に従えば[村上 2015, 35f.; 村上 2013, 12f.; 村上 2007, 4]、行政裁量の「判断過程統制」は、考慮要素の重みづけの当否をも審査の対象とする実質的考慮要素審査、考慮事項の遺漏や他事考慮の有無のみを審査の対象とする形式的考慮要素審査、そして判断過程の合理性ないし過誤・欠落を審査する判断過程合理性審査に分かれるとされる。立法裁量の「判断過程統制」を「真摯な努力」論として観念する場合、この行政裁量の「判断過程統制」と重なる要素は見受けられないとも言い得る。

なお、行政裁量に関し、なぜ「判断過程」の統制なのかに関する近時の検討として、裁量それ自体を「衡量過程」と（積極的に？）観念することにより、判断過程統制を原則的な審査手法であると理解する考え方[山本 2006, 14ff.; 参照、山本 2012, 224ff.; 山本 2016]がある。この考え方は、立法裁量の「判断過程統制」を考える際のひとつの視点となると思われるが、詳しい検討は他日を期したい（さらに、「判断過程」の意味についての近時の検討と

制」は、大要次のような構造をとっていた〔山本 2011, 204ff., 209ff.〕。すなわち、藤田裁判官の「判断過程統制」が最後に展開された2009年判決の同裁判官の補足意見によると、選挙制度の在り方を立法府が考える場合、立法府は「多様な政策的要請を踏まえ、適正な裁量を行う義務を負って」いる。「この義務に反して、例えば、変転する社会情勢等を考慮に入れ時宜に適した判断をしなければならないのに、慢性的に旧弊に従った判断を維持し続ける」（以下、時宜適合判断審査という）場合や、「当然考慮に入れるべき事項を考慮に入れず、又は考慮すべきでない事項を考慮し、あるいはさほど重要視すべきではない事項に過大の比重を置いた判断をしている」（以下、考慮要素審査という）場合、「憲法によって課せられている義務に適った裁量権の行使を行わないものとして、憲法違反との司法判断を受けてもやむを得ない」（民集63巻7号1528-1529頁）。

このように、藤田裁判官の「判断過程統制」は、考慮要素審査と時宜適合判断審査の2つのタイプに区分できるように見られるが、<sup>(4)</sup>しかし実際には、藤田裁判官においては、時宜適合判断審査こそ、その中心であったと考えられる〔山本 2011, 210f.〕。というのも、同補足意見は結局、本件で「問われるべきは、〔2004年判決〕以後本件選挙までの間に、立法府が、定数配分をめぐる立法裁量に際し、諸々の考慮要素の中でも重きを与えられるべき投票価値の平等を十分に尊重した上で、それが損なわれる程度を、二院制の制度的枠内にあっても可能な限り小さくするよう、問題の根本的解決を目指した作業の中でのぎりぎりの判断をすべく真摯な努力をしたものと認められるか否かである」（同1529-1530頁）、と述べているからである。<sup>(5)</sup>

---

して〔仲野 2014; 須田 2015, 38ff.〕も参照）。

- (4) 学説においても、立法裁量の「判断過程統制」の観念として、この2つのタイプのものがあるように見受けられる〔参照、山本 2014, 385 註6〕。例えば、「1票の較差」訴訟でも、最高裁は都道府県の意義や、市町村等の行政区画、面積の大小、人口密度、住民構成、交通事情、地理的状況等諸般の要素（非人口的要素）に言及してきたが、これらへの言及を考慮要素審査として理解する見解がある〔駒村 2013, 194ff.; 櫻井 2016, 215〕。また例えば、最近の最大判2015年12月16日民集69巻8号2427頁（再婚禁止期間違憲訴訟最判）のいう「婚姻をするについての自由」が憲法上「十分尊重に値する」という判示や、最大判2015年12月16日民集69巻8号2586頁（同氏強制違憲訴訟最判）のいう「婚姻前に築いた個人の信用、評価、名誉感情等を婚姻後も維持する利益」が「氏を含めた婚姻及び家族に関する法制度の在り方を検討するに当たって考慮すべき人格的利益である」等の判示を、考慮要素審査と構成することも可能であろう。しかし、これらは判断過程に対する審査と理解すべきなのか。これらは「判断過程統制」の専売特許ではなく実体判断を行う際の一般的な手法とも理解できるのではないか（そしてこれまでも行われてきたのではなかったか）。この点を論じるためには、「判断過程」の意味についてさらなる検討が必要であり、他日を期したい。

- (5) 〔藤田 2012, 145; 藤田 2016, 35〕等をみると、裁判官藤田宙靖は「その事件において、

さらに注目すべきは、藤田裁判官の「判断過程統制」においては、この「真摯な努力」がなされていないことが、「一元的」に、区割規定や定数配分規定の合憲性を左右するという枠組みになっている（「主観的違憲要素一元論」〔櫻井 2011, 165〕）、という点である〔宍戸 2012, 47; 参照、毛利 2010, 462〕。従来の判例法理は、違憲状態の有無を（実体的に）判断した後<sup>(6)</sup>に相当期間（ないし合理的期間）の経過を判断するという「二元的」な枠組みであるのに対して、藤田裁判官の「判断過程統制」は、「真摯な努力」の有無のみが合憲違憲の結論に直結する（違憲状態の有無を問わない）という枠組みなのである。

そこで、本稿では「判断過程統制」とは、この時宜適合判断審査（以下、「真摯な努力」論ということもある）を念頭に置くものとし、この「判断過程統制」が、その後の「1票の較差」訴訟最高裁判決においてどのような展開を見たのかを概観することにした。

## Ⅱ. 衆 院

2009年判決以降、衆議院議員選挙の「1票の較差」に関する最高裁判決としては、最大判2011年3月23日民集65巻2号755頁（以下、2011年判決）、最大判2013年11月20日民集67巻8号1503頁（以下、2013年判決）、そして最大判2015年11月25日民集69巻7号2035頁（以下、2015年判決）がある。

### 1. 2011年判決における田原反対意見

2011年判決は、1人別枠方式につき違憲状態判決を下したが、2011年判決において「判断過程統制」の観点から注目すべきは、田原睦夫反対意見である。田原<sup>(7)</sup>

最も適正な紛争解決」をその行動準則としていたと理解できる。このような観点から、国会が抜本的に正に向けた動きをなかなか示してこなかった「1票の較差」訴訟について（のみ）、「少なくとも、本当にやれることを全部やったかどうかとか、本気でどれだけやったか」というところのコントロールをする必要が出てくる」〔藤田 2016, 271〔藤田〕〕と考え、「真摯な努力」を持ち出したと理解できる〔山本 2014, 385 註 5〕。

(6) なお、立法不作为の国家賠償法上の違法性の判断枠組みも、違憲の明白性+注意義務違反という「二元的」枠組みである。この点、在外邦人選挙権違憲訴訟最判（最大判2005年9月14日民集第59巻7号2087頁）の「やむを得ない事由」の有無の判断における不作为の審査のあり方の位置づけが問題になり得る。

(7) この2011年判決の多数意見については〔山本 2013〕の参照を乞う。

(8) この他、多数意見が「投票価値の平等にかなう立法的措置を講ずる必要がある」という付言を行い、竹内行夫補足意見も「第一院たる衆議院の議員を選出する選挙について選挙区間の投票価値の最大較差が2倍を超えている状態に満足し、漫然とこれを常態化させることが許されることはなく、本来、当審による指摘を待つまでもなく、立法府において投票価

<sup>(9)</sup> 反対意見は、主として国会の監視義務・事後は正義務・作為義務という観点から議論を行っている。この議論は「真摯な努力」論と必ずしも同一ではないと思われるものの、ここで紹介しておくことにしたい。2011年判決の田原反対意見は、大要次のとおりである。

①個々の国民の選挙権の行使としての投票の価値に差が生じることは、合理的な理由が存しない限り認められない。②1人別枠方式を含めて、国会は、従前から、投票価値の平等に譲歩を求めるに足る合理的理由を積極的に明示していない。③1人別枠方式は人口過疎地域への配慮をその導入理由とするが、過疎化の進行した都道府県が1人別枠方式の恩恵を必ずしも受けていない。④導入後既に2度の総選挙を経たので激変緩和措置として1人別枠方式を存置すべき合理的理由は全く存しなくなった（民集65巻2号800-805頁）。

⑤「国会は、国権の最高機関として、また、唯一の立法機関として、国会で適正と判断する政策目的の実現に向けて、その裁量権を行使して適宜の立法をなすべき責務を有しているが、その立法に当たっては、憲法適合性について十全な配慮をなすとともに、立法を制定した後においても、常に立法目的の達成状況を点検し、その目的を達成した後に当該立法を存置することの必要性や存置した場合の憲法適合性の有無等についての検討を加えるとともに、立法制定後の状況の変化を注視し、当該法規の憲法適合性について疑問が生じ、あるいは国会以外のところから疑問が投げ掛けられるに至ったときには、国会自らがその自律的権能を行使して、その憲法適合性を検討すべき責務を負っている」（同806頁）。

⑥最大判1999年11月10日民集53巻8号1441頁の反対意見において、1人別枠方式の「合理性に疑問を抱かせる事実が指摘されていた」うえに、2007年判決でも「4裁判官の見解」や反対意見が「1人別枠方式の違憲性を指摘している」。従って、「国権の最高機関たる国会としては、上記各大法廷判決の少数意見にて指摘された点をも含めて、すべからく1人別枠方式の果たしている意義の検証を含め、1人別枠方式それ自体の見直しに着手してしかるべきであった」。しかし国会は、2007年判決の後においても、1人別枠方式の意義についての検証作業すら開始するに至っていないのであって、立法機関としてその怠慢一別の個所の表現

---

値の平等の実現に向けた絶えざる努力が求められている」と述べている。

- (9) 田原睦夫裁判官は、最大判2007年6月13日民集61巻4号1617頁（以下、2007年判決）（4裁判官の「見解」）および2009年判決（反対意見）においても少数意見を述べている。このうち前者では、「投票価値の平等をあえて損なうような」「1人別枠方式を是正することなく放置した国会の不作为」を違憲審査の直接の対象とする〔参照、山本 2011, 211f.〕。これに対して後者では、2011年判決と同様に、従来の判例法理を国会の監視義務・事後は正義務およびこの義務に対する不作为という仕方でも構成している。その際、較差2倍を超える場合にはその理由を国会が明示する義務を課している。

では「漫然と時を徒過した」——は責められてしかるべきである (同)。

田原裁判官の議論の中心は、国会の監視義務・事後は正義務を語る⑤の点にあると思われる<sup>(10)</sup>。そして、そこでいう「憲法適合性」の実体的内容が①～④において語られ、それら義務に対する違反の審査のあり方が⑥において示されていると理解できる。このように田原裁判官の議論においては、単に「漫然と時を徒過した」か否かという側面のみならず、問題とされた法律の実体的な憲法適合性の有無という側面も同時に論じられており、法律の憲法適合性が失われたとの指摘がなされた段階で是正のための検討を開始する義務を負うとしている。つまり、田原裁判官の議論では実体的な憲法適合性が全ての議論の出発点となっており、この点が、実体的な憲法適合性に決定的な意味を置くわけではない藤田裁判官流の「真摯な努力」論とは異なると思われる<sup>(11)</sup>。

## 2. 2013年判決における大橋反対意見

2013年判決は、2011年判決と同じ選挙区割に基づき行われた選挙につき違憲状態判決を下した。2013年判決において注目すべきは、大橋正春反対意見である。大橋反対意見は「真摯な努力」という語を挙げつつ議論を行っており、「判断過程統制」との関係から注目すべきものと思われる。大橋反対意見は、区割り規定が違憲状態であることを前提として、大要次のとおり論じる。

①従来は合憲の判断を下していた選挙区割りについてその後の事情の変更を踏まえて違憲状態に至ったとの判断をする場合、当審の違憲状態の判断を立法府が知り又は知り得た時から合理的期間を起算する。②また、上記合理的期間は機械的・一律に判断されるものではなく、具体的事情の下で個別的に判断されるべきである。例えば、少数意見において違憲状態にあるとの判断が法廷意見に先立ってなされている場合は、立法府にはあらかじめ検討する機会が与えられていると考えられるので、合理的期間の始期は違憲状態の判断がなされた時となるとしても、合理的期間を短く判断する方向に働く一要素となり得る。他方、選挙区割が違憲状態にあるとの当審の判断がなされている場合には、区割規定を速やかに憲法の投票価値の平等の要求に適合する状態に是正する義務を負うことは当然であ

(10) 事後は正義務については〔入井 2014〕を参照。

(11) もっとも、藤田裁判官の「真摯な努力」論も、明示はしていないものの違憲状態であることを前提とした「二元的」な議論である、という理解も可能である。そうであれば、違憲状態の認定の後になされる合理的期間論・相当期間論の判断枠組みとして「真摯な努力」が語られているということになる。ただし、このような理解は、2007年判決において藤田裁判官が「2倍未満の基準」違反を相対化し、国会の不作为に注目した審査を行ったこと（民集 61巻 4号1653頁）との整合性が問題となろう。



り、この意味で立法府の選挙制度の仕組みの具体的決定についての裁量権は大きく限定され、これらは合理的期間の判断において重要な判断要素となる。さらに、「合理的期間は、立法府が問題の根本的解決のために真摯な努力を行っていることを前提として判断されるべきものである」（民集67巻8号1537-1538頁）。

③本件では、合理的期間の始期は2011年判決言渡し日つまり2011年3月23日であり、同日から本件選挙までは約1年9ヶ月経過している。1人別枠方式を廃止する法改正作業が2011年判決言渡し直後から真摯に行われていたならば、本件選挙までの約1年9ヶ月の間に区割規定の改正は十分に可能であった。2011年判決により立法府としては喫緊の課題として1人別枠方式の廃止を優先的に実行する憲法上の義務を国民に負うことになったにもかかわらず、2011年判決言渡し後約7ヶ月後になってようやく各党協議会での議論が開始され、その約1年1ヶ月後になって1人別枠方式を廃止する改正法が成立した。この改正法は、2011年判決が違憲状態と判断した区割を微調整したものにすぎず、他の選挙制度の抜本的改革のためにこのような微調整にとどまったとされるが、このことが憲法適合性回復のための立法作業の遅れを正当化する事情とはならない（同1538-1541頁）。

この大橋反対意見で注目すべきは、従来からの合理的期間論の内容として「真摯な努力」が語られている、ということである。すなわち、違憲状態を前提にしたうえで、合理的期間の徒過の有無を判断する基準として「真摯な努力」が語られているのである。よって、(実体的) 違憲状態＋「真摯な努力」という「二元的」構成である大橋反対意見は、「真摯な努力」の有無のみが「一元的」に合憲違憲を分かつ枠組みである藤田裁判官の「判断過程統制」とは、理論的には距離があるように思われる。

### 3. 2015年判決における大橋反対意見

2015年判決でも、「判断過程統制」の見地から注目すべきは、大橋正春反対意見である。大橋裁判官は、合理的期間の法理の理解は2013年判決において述べたとおりであるとしたうえで、次のように述べる。

①合理的期間の始期は2011年判決言渡し当日の2011年3月23日であるところ、2011年判決が指摘した違憲状態は現在でもいまだ解消されていない。②2011年判決から本件選挙当日まで約3年8ヶ月が経過しており、国会に認められた選挙制度の構築についての広範な裁量権や議員間で利害が激しく対立する選挙区割りの改正の困難性を考慮しても、3年8ヶ月は国会が旧選挙区割りを憲法上の平等価値の原則に適合するものに改正するには十分な期間であるので、本件では憲法上要求される合理的期間を徒過している。2011年判決を受けて制定された本件区割は合理的期間の判断に当たって考慮することは相当ではない。というのも、

「問題の根本的解決に向けての立法府の真摯な努力を前提にした上での当面の是正策であると評価することはでき」ないからである（民集69巻7号2081-2082頁）。

### Ⅲ. 参 院

「判断過程統制」がもともと登場したのは、参議院議員選挙に関する「1票の較差」訴訟である。その関係もあってか、それら訴訟の最高裁判決においては、「判断過程統制」の観点から注目すべき見解が、衆議院議員選挙に関するそれと比して、多い。藤田宙靖裁判官退官後の判決としては、2012年判決および最大判2014年11月26日民集68巻9号1363頁（以下、2014年判決）があるので、順に概観していくことにしたい。

#### 1. 2012年判決

違憲状態判決を下した2012年判決の多数意見は、立法者の不作為（のみ）が直接的に問われたように見受けられる2009年判決のそれとは異なり（後掲註14参照）、違憲状態か否かの検討がまず行われ、その後に相当期間が経過したか否かの検討が行われており、最大判1983年4月27日民集37巻3号345頁から最大判2000年9月6日民集54巻7号1997頁までの判例の構成に戻っているように見える。また、2009年判決において不作為性を否定する要素として評価されたように見受けられる選挙後の国会の立法動向については、2012年判決ではなお書き扱いになっている。「判断過程統制」に関係すると思われる少数意見について、以下では検討を行いたい。

#### （1）国家による説明の要求（竹内意見・須藤反対意見）

ところで、2004年判決「補足意見2」は、「我が国の立法府は、これまで、上記の諸問題に十分な対処をしてきたものとは到底いえず、これらの問題について立法府自らが基本的にどう考え、将来に向けてどのような構想を抱くのかについて、明確にされることのないままに、単に目先の必要に応じた小幅な修正を施して来たにとどまる」と述べており（民集58巻1号70-71頁）、立法府の或る種の説明責任（説明義務<sup>(12)</sup>）を内包していたと理解し得る。2012年判決にも、このような説明責任に言及する見解が存在している。

すなわち、竹内行夫意見は、「立法府において、社会状況の変化を踏まえて、

(12) （2009年判決の反対意見に引き続き）2012年判決の田原反対意見も「国会は、かかる不平等が許容されるべき理由について国民に対して明らかにしたことは一度もなく」と述べる。



投票価値の平等を制約する他の憲法上の理念や合理的な政策的目的等を具体的に検討し提示した上で、それらのために投票価値の一定限度の不均衡は許されるべきであるとの考えが示されていたならばともかく、遺憾ながら、これまでの定数配分の改正は選挙区間の投票価値の較差縮小という観点に立った小幅な修正にとどまっているのであり、そのような基本的な問題についての真摯な検討や具体的な提示が行われてきたとはみられない」以上は、最大較差5倍の常態化を正当化し許容する理由を見いだすことは困難であると述べる（民集66巻10号3382-3383頁）。

また須藤正彦反対意見も、「憲法は、その独自性の具体的な内容が客観的に認められ、かつ、その譲歩はそれを発揮させるという目的のために必要最小限度にとどめられるものでなければならず、しかも、国会において、投票価値の平等に譲歩を求めざるを得ないこと及びその平等が制限される程度とその独自性の発揮によって得られる価値とがおおむね均衡を保っていることについて相応の説明をすることを要求している」とする（同3409頁）。

ところで、この説明責任の意味はどのように考えればよいだろうか。ひとつには、投票価値の平等の制約を正当化する考慮要素を国会による説明を通じて適正させ、そのようにして適正された考慮要素を含めて、投票価値の平等の制約の合憲性を審査するという考え方である。そして、上記の竹内・須藤裁判官の立論は、おそらくこの議論に基づくものと思われる。いまひとつは、国会による説明そのものをもって「真摯な努力」とみなし、公職選挙法の合憲性を認定するという考え方である。後者が、冒頭で見た「一元的」な「判断過程統制」と軌を一にすることになる。

## （2）事後是正義務（田原反対意見）

2009年判決<sup>(13)</sup>に引き続き、田原反対意見は立法者の事後改善義務を前提とした

(13) 「国会は、参議院の組織、選挙制度について立法をした後においては、その後の我が国の経済構造を含む社会情勢の変化、人口動態等、その政策選択の基礎を成した社会的な事実関係の変動を常に注視し、既存の参議院の組織や選挙制度がその変動に十分に対応し得ているか否かを機会あるごとに検証し、その変動の程度が、立法当初あるいはその後の改正法制定時に想定されていた限度を超えていると認められるに至った時は、その新しい事態に対応すべく、参議院の組織や選挙制度の見直しを継続的に行っていくべき義務を憲法上負っている」。「社会構造の変化や人口動態が、立法当初あるいはその後の改正法制定当時の想定と著しく異なるに至り、その結果、既存の組織と憲法の定める二院制の理念との間に大きな乖離が生じ、あるいは、既存の選挙制度が国民の国政への参政権の根幹を成す投票権の平等を著しく害するに至った場合には、国会は、かかる事態を解消するに足る合理的な施策を伴う立法を行うべき義務を負っている」。「国会が、上記の目的に沿う法改正を行うに必要と認めら

うえて、当該事後改善義務の不履行について論ずる。国会による過去の公職選挙法改正は、いずれも「当面の弥縫策としか解し得ない」とし、また、選挙制度の見直しには相応の時間が要するにせよ、10年以上前の最高裁判決により問題点を認識しながら、また、近年の最高裁判決により選挙制度見直しの具体的な必要性を指摘されながら、「本件選挙までその具体案を国会に上程することすらしない国会の対応は、国会に与えられた立法に係る裁量権を合理的に行使すべき責務を怠るものとして、その不作為に対して違法との評価をなさざるを得ない」としている（民集66巻10号3398-3400頁）。

### （３）「判断過程統制」（大橋反対意見・須藤反対意見）？

大橋正春反対意見は、「問われるべきは、〔2004年判決〕以後本件選挙までの間に、立法府が、定数配分をめぐる立法裁量に際し、諸々の考慮要素の中でも重きを与えられるべき投票価値の平等を十分に尊重した上で、それが損なわれる程度を、二院制の制度的枠内にあっても可能な限り小さくするよう、問題の根本的解決を目指した作業の中でのぎりぎりの判断をすべく真摯な努力をしたものと認められるか否かである」と述べており（民集66巻10号3422頁）、藤田裁判官の「判断過程統制」を一見継承しているように見える。

そこでまず、大橋反対意見における「真摯な努力」の有無の判断基準を概観してみよう。同意見は、2009年判決の藤田補足意見を参照しつつ、次のように述べる。「しかし、その後の立法府の動向を見ると、平成18年改正の4増4減措置は、表向きは暫定的なものとされていたものの、その真意は、それを実質的に改革作業の終着駅とし、しかも、最大較差5倍を超えないための最小限の改革に止めるという意図によるものであったと評価せざるを得ない」。①当該4増4減以降現在まで較差是正のための公職選挙法改正は行われていない。②立法府は、当該4増4減措置の導入後現在に至るまで、およそ6年間、更なる定数は正につき本格的な検討を行っているようには見受けられない。③その後2012年に提出された改正案も再び4増4減を定めるに過ぎず、附則において抜本的な見直しについて引き続き検討を行う旨の規定が置かれているものの、実際には抜本的改正を先送りし最大較差5倍を超えないための最小限の改革に止めるという意図によるものと

---

れる合理的な期間を経過した後においても、何らの措置を採ることなくその事態を放擲し、あるいは、国会が採った立法措置が上記の事態を解消するには程遠い当面の弥縫策としか評し得ないものである場合には、憲法によって認められた立法権の適正な行使を、国会が正当な理由なく怠るものといわざるを得ず、そのような状態にある組織や選挙制度は違憲状態に陥っていると評価せざるを得ないのであり、そのような違憲状態にある選挙制度の下で施行される参議院議員選挙は、違法との評価を受ける」（民集63巻7号1549-1550頁）。

評価せざるを得ない。④そして、抜本的改革が何故なされないのか、更なる定数は正にはどのような理論的・実的な問題が存在し、どのような困難があるために改革の前進が妨げられているのか等について、立法府は、国民の前に一向にこれを明らかにしていない（同3423-3424頁）。

これを見ると、①は実際の法改正の有無、②は法改正に向けた検討の有無、③は提出されている法改正案の内容、④は国会による説明とまとめることができるであろう。特に最後の点について大橋裁判官は、「仮に、早期の結論を得ることが困難であるというならば、その具体的な理由と作業の現状とを絶えず国民に対して明確に説明することが不可欠」と述べており、①～③について国会が充分な対応をしていない場合に、④の説明責任を果たすことが“免責”となり得る旨を示唆しているように思われる。

もっとも、大橋反対意見は、違憲状態の有無を判断した後に相当期間（ないし合理的期間）の経過を判断するという従来の判例法理の「二元的」枠組みに賛同しており（同3421頁）、また、多数意見に同調して違憲状態を認定した後に、「本件選挙までの間の本件定数配分規定を改正しなかったことが国会の裁量権の限界を超える」か否かという（従来の枠組みでいえば相当期間論）点について、「真摯な努力」を判断基準としている。従って、この一見すると藤田裁判官の「判断過程統制」をそっくりそのまま承継したように見える大橋反対意見は、「真摯な努力」の有無のみが「一元的」に合憲違憲を分かち枠組みである藤田裁判官の「判断過程統制」とは、実は理論的には異なるものである。

他方で、須藤反対意見も「真摯な努力」を論じている（同3414-3419頁）。須藤反対意見は、違憲状態を認定した後に、本件選挙時の立法不作為の違憲性を語る場面で「真摯な努力」を持ち出している。須藤裁判官は、2006年判決を基準時としたうえで、「真摯な努力」の有無の検討に際して、①本件選挙時に選挙制度改革が実現したか、②本件選挙後本件判決までにその改革が具体化したか、③制度改革への国会の取組状況が間欠的か否か、④最高裁判決と次の選挙との期間について特段の配慮が必要か否かという点に触れ、「真摯な努力」がなされていなかったと結論付けている。この須藤意見も、「二元的」枠組みのなかで「真摯な努力」を語っており、藤田裁判官の「判断過程統制」とは実は理論的には異なるものである。

## 2. 2014年判決における大橋反対意見

最後に、2012年判決に引き続き違憲状態判決を下した2014年判決を検討することにしよう。「判断過程統制」の観点から着目すべきは、引き続き大橋反対意見である。

大橋反対意見は、違憲状態を認定した多数意見に同意し、2012年判決を基準時として、違憲状態の是正がなされなかったことが国会の裁量権の限界を超えるかを検討する。その際、多数意見と同じく「単に期間の長短のみならず多数意見が指摘するような諸般の事情を総合考慮することが必要であることには異論がない」と述べ、そのうえで、①「国会の裁量権を考えるに当たっては、国会が問題の根本的解決のために真摯な努力を行っていること」、②「国会が真摯な努力を行っているか否かの判断においては、国会が自ら行った過去の検討の成果をどのように利用しているかが重要な要素となる」という。

そして、2012年の4増4減についても「国会が過去の検討結果を利用して審議を促進させようとの動きを見ることはできず、国会の真摯な努力については疑問を持たざるを得ない」とし、「国会の行動は、外形的には、定数配分規定の憲法適合性が問題になると当面の選挙を対象とした暫定的措置を採って抜本的改革は先送りし、次の選挙が近づき定数配分規定の憲法適合性が問題になるとまた暫定的措置を採るのみで抜本的改革を先送りするということを繰り返しているように見える」。「制度の仕組み自体の見直しを内容とする改正の真摯な取組がされないまま期間が経過していくことは国会の裁量権の限界を超えたとの評価を免れない」と結論付けた(同1390-1393頁)。もっとも、上記の②については同裁判官が何をどのように判断したのかが、不明確ではある。

いずれにせよ、2014年判決の大橋反対意見も、違憲状態の認定の後に「真摯な努力」を論じており、「二元的」枠組みを前提としていることがわかる。従って、2012年判決の大橋反対意見について分析した事柄が、同じく当てはまることになる。

#### IV. 若干の検討

以上、本稿は「判断過程統制」を中心に概観してきたが、最後に、若干の検討を加えることにしたい。

##### 1. 「一元的」枠組みとしての藤田裁判官の「判断過程統制」の消失

まず、本稿で見た各裁判官の見解は、いずれも違憲状態・合理的期間論(または相当期間論)<sup>(14)</sup>という「二元的」な判断枠組みのもとで、合理的期間(相当期間)

(14) [大戸 2012, 47f.] は、2004年判決・2006年判決・2009年判決(の多数意見)からは参議院の判断枠組みの今後の展開(「一元的」枠組みなのか「二元的」枠組みなのか)について「現時点では断定しがたい」としていた([渡辺 2015, 71] も同旨)。その後の2012年判決・2014年判決(の多数意見)を見ると、「二元的」であり続けている衆議院と同じく、参議院

が経過したか否かを判断する基準として、「真摯な努力」を持ち出していることが確認できた。すなわち、それらは、実体的な基準—衆議院については2倍以下（?）、参議院については各裁判官によって幅はあるものの、現状の4倍程度は少なくとも違憲状態であることは一致している—によって客観的に（立法者の努力に無関係に）違憲状態を認定した後<sup>(15)</sup>に、合理的期間（または相当期間）の経過の有無について検討している。そして、藤田裁判官の「判断過程統制」を最も忠実に継承したかに見える大橋裁判官も、この「二元的」な判断枠組みに依拠しているのであり、「真摯な努力」論は、第2段階部分（合理的期間論ないし相当期間論）において用いられているに過ぎないのである。

そうだとすれば、藤田宙靖裁判官が用いた意味での「判断過程統制」、すなわち、「真摯な努力」の有無が合憲違憲の結論に直結する（違憲状態の有無を問わない）という「一元的」な枠組みは、藤田裁判官の退官とともに、最高裁判所の内部からは姿を消したことになる。藤田裁判官の「判断過程統制」は、実体的基準（「較差2倍超は違憲状態」等）を明確にしないことにより国会を抜本的改革に向け

---

も「二元的」枠組みに回帰したと言えるだろう。

というのも、2012年判決は、投票価値の不平等が「違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等状態」（違憲状態）の認定を明確に行ったうえで、定数配分規定を「改正しなかったこと」について審査し違憲性を阻却している。この点で、2012年判決法廷意見は「二元的」枠組みと理解できるからである。また、2014年判決も、「違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等状態」を認定し、定数配分規定が「改正されなかったこと」を審査し違憲性を阻却しており、2012年判決と同じく「二元的」枠組みと理解できるからである〔渡辺 2015, 71f.〕。

2004年判決・2006年判決・2009年判決（の多数意見）が違憲状態か否かについて判断を示していなかったということについては、2014年判決の木内反対意見も同様の理解を示している。木内反対意見は、そのことの意味を「少なくとも、違憲状態でないとは断言できないと考えていたもの」と理解する（民集68巻9号1413頁）。

- (15) 2012年判決（の多数意見）は、2006年の4増4減以降法改正が行われていないとして違憲状態の認定部分において立法者の努力を判断の一要素としているように見える（民集66巻10号3369-3370頁）。つまり、違憲状態の認定に際して違憲の主観化（結を参照のこと）がなされているように見える。そして相当期間論をあわせて考えると、2012年判決多数意見においては、違憲状態の認定・違憲の認定それぞれの段階において、違憲の主観化の要素が見られるということになろう（もっとも、この2012年判決多数意見が、「違憲そのもの」を「真摯な努力」によって「一元的に」確定しようとする枠組みとは異なることは、本文で述べたとおりである）。これに対して、2014年判決多数意見では、違憲状態の認定に際して立法者の努力が参照されたようには見受けられない。

ところで、何をもって「違憲の主観化」というのかという問題が存在すると思われるところ、<sup>16</sup>「事実関係」部分において本件選挙後の状況を含めた立法者の各種の行動が述べられていることをどのように考えたらよいであろうか（なお、争われた選挙の後の状況の持つ意味については、2014年判決の千葉勝美補足意見が参考になる）。

て「永久運動」[毛利 2010, 463] させるという、すぐれて実践的な点にこそ「インパクト」[新井 2004, 69] が存在したと思われる[山本 2011, 219]<sup>(16)</sup>。しかし、衆議院に関しては2倍以下(?)、参議院に関しても少なくとも4倍程度を下回る較差でなければならないという実体的基準が明確になった現在の段階では、藤田裁判官の「判断過程統制」のような「一元的」な議論を敢えて行う必要がなくなってしまったのである。

藤田裁判官の「判断過程統制」は、「一元的」な枠組みのもとで、多数意見の厳格化に寄与してきたと言えるであろう。繰り返しになるが、藤田裁判官の「判断過程統制」は、一方において違憲状態か否かを明示しないまま、他方において立法者が「真摯な努力」を欠けば違憲にするという「一元的」な枠組みであるからこそ、「インパクト」が存したように思われる。「真摯な努力」のみで結果がすべて決まるという枠組みが有する、国会に対する「永久運動」の強制効果こそ、藤田裁判官の「判断過程統制」の「インパクト」ではなかったか。

しかし、多数意見の枠組みそれ自体が「二元的」な枠組みへと変わり(戻り)、かつ、違憲状態の認定につき実体的にも従来に比べて厳格な判断がなされるようになって現在の段階では、「真摯な努力」のみに定数配分規定の合憲性を左右させる藤田裁判官の「判断過程統制」を主張することには、もはや従来のような「インパクト」は存在しないと思われる—裁判官藤田宙靖としては、眼前の事件解決の道筋をつけ得たという意味で「それはそれでよかった」ということかもしれない。

## 2. 「真摯な努力」の基準

このように、「真摯な努力」の有無が直ちに定数配分規定の合憲性を左右するという「一元的」な「判断過程統制」は最高裁内部から消失し、現在は合理的期間論・相当期間論として「真摯な努力」が論じられている。

ところで、最高裁の多数意見は、2013年判決以降、従来の合理的期間論・相当期間論に変えて(?)、「憲法の予定している司法権と立法権の関係」から、「単に期間の長短のみならず、是正のために採るべき措置の内容、そのために検討を要する事項、実際に必要となる手続や作業等の諸般の事情を総合考慮」して判断

(16) 藤田裁判官の「判断過程統制」の意義をこのように理解することは、冒頭の註5で述べたような当事者の回顧とも整合するであろう。また、実際に、その後の違憲判決により制度改正もなされたという点を見ると、藤田裁判官流の「真摯な努力」論にも一定の意義があったとみることもできると思われる。この点、[渡辺 2015, 71] も、最高裁の厳格化に対する「藤田による自負は肯定できる」と指摘している。もっとも、結局のところ違憲の判断を行わなかった藤田裁判官に対する渡辺や本稿の見立てが“肯定的すぎる”可能性もあろう。



を行うと判示している（2013年判決：民集67巻8号1522-1523頁）。

まず、この「真摯な努力」論と「司法権と立法権の関係」論が接近傾向にあることを指摘することができるだろう。多数意見のいう「司法権と立法権の関係」が、期間の長短のみならず、立法者の努力を含めた総合考慮によって相当期間の経過を判断するとする一方で、「真摯な努力」論も、一定の期間内に立法者がいかなる努力を行ったかを評価するものであり、両者はその内容において類似してきていると言えるだろう。

次に、「真摯な努力」論に対しては、従来から、何をもって「真摯な努力」と言い得るのかについての基準の不明確さが指摘されてきた〔福井 2007, 40; 山本 2011, 219等〕。実際、藤田裁判官の「判断過程統制」においては、「改革に向けての前進をなお続けようとの気運」のような曖昧模糊としたものを持ち出して合憲と判断していたが（民集63巻7号1531-1532頁）、これに対して、「いろいろな会合をして形さえ整えておけば最高裁は許してくれる」と「足元を見られる危険」があると批判〔毛利 2010, 464〕されてきたところである〔参照、藤井 2011, 414〕。

「一元的」な枠組みにせよ「二元的」な枠組みにせよ、「真摯な努力」論を採用する場合には、「真摯な努力」の判断基準の明確化を行う必要があるだろう。この点、「真摯な努力」論を「継承」した2012年判決大橋反対意見は、既にみたように、①実際の法改正の有無、②法改正に向けた検討の有無、③提出されている法改正案の内容、④国会による説明という4つの要素を挙げており（2014年判決大橋反対意見はさらに、「国会が真摯な努力を行っているか否かの判断においては、国会が自ら行った過去の検討の成果をどのように利用しているか」も挙げているが、これをどのように評価したのかは明らかでない）、若干の具体化を見ている。もっとも、「1票の較差」訴訟においては、立法者の何らかの行動についての評価自体が分かれることがしばしばあり、「真摯な努力」論を採用する場合には、基準のさらなる明確化が求められるように思われる。

## 結

以上、はなはだ不十分ではあるが、藤田宙靖裁判官退官後の「判断過程統制」の展開を追ってきた。以上の検討により、「真摯な努力」の有無が合憲違憲の結論に直結する（違憲状態の有無を問わない）という「一元的」な枠組みとしての「判断過程統制」は、最高裁判所の内部からは姿を消したことが明らかになった。しかし、学説においては、この「一元的」な枠組み—「真摯な努力」＝立法者の非難可能性に法律の合憲性を左右させるという「違憲の主観化」〔参照、安念 1988, 162f.; 藤井 2012, 418ff.; 宮地 2015, 188ff.〕—の可能性を探る研究が登場し

ている [山本 2012b, 66ff.; 参照、櫻井 2013, 79f.]。

しかし、この「違憲の主観化」については、「1 票の較差」訴訟だけを見ても、例えば2014年判決の木内反対意見が次のように論じている。すなわち、「国会の裁量権の限界を検討するに当たって、国会の選挙制度の見直しに関する具体的な立法能力あるいは立法意欲を国会の外から推し量ることは行うべきではないと思われる。要は、国会の合理的な立法活動として、投票価値の較差の是正が本件選挙までになされなかったことを、違憲状態の解消はできるだけ速やかになされるべきであるという観点からは是認できるか否かという問題であり、そういう事柄として判断すべきものである」(民集68巻9号1413頁)。これは「二元的」枠組みのもとでの相当期間論について述べられたものではあるが、「投票価値較差の合憲性を立法者の努力に大きく依存させるやり方の憲法解釈」[毛利 2010, 462] それ自体に対しての否定的対応であると理解することができる [渡辺 2015, 72 註 44]。「一元的」枠組みは、「二元的」枠組みよりもさらに立法者の努力の意味が大きくなる以上、木内反対意見の立場からはさらに否定的な対応がなされるのではなかろうか。

木内反対意見のように、「真摯な努力」の有無にかかわらず「結果」を出していない限り議論にならないという立場 [参照、工藤 2013, 96] もまた成り立ち得るのであって、このような「違憲の主観化」の理論上の意義と課題を検討することが必要であり、本稿筆者の今後の課題<sup>(17)</sup>としたい。<sup>(18)</sup>

〔附記〕本研究は、科研費（研究活動スタート支援）の助成を受けた「立法裁量の『判断過程統制』が内包する憲法理論上の諸問題」（課題番号：26885094）の成果の一部である。

## 参考文献

- 新井2004：新井誠「参議院議員選挙をめぐる2つの最高裁大法院判決」法学セミナー594号（2004）68頁以下  
 安念1988：安念潤司「いわゆる定数訴訟について（4）」成蹊法学27号（1988）131頁以下  
 入井2014：同「事後的な正義と新規義務」法学政治学論究101号（2014）103頁以下  
 工藤2013：工藤達朗「参議院議員選挙と投票価値の平等」論究ジュリスト4号（2013）92頁以下

(17) この点、[藤田 2016, 272 [藤田]] は、事案に応じて、実体的基準と「真摯な努力」論が併存し得る旨を示唆しているように見える。

(18) この点につき、[安念 1988, 162ff.] の指摘が参考になる。

- 駒村2013：駒村圭吾『憲法訴訟の現代的転回』（日本評論社、2013）
- 櫻井2011：櫻井智章「事情の変更による違憲判断について」甲南法学51巻4号（2011）145頁以下
- 2013：同「参議院『一票の格差』『違憲状態』判決について」甲南法学53巻4号61頁以下
- 2016：同『判例で読む憲法』（北樹出版、2016）
- 穴戸2012：穴戸常寿「一票の格差をめぐる『違憲審査のゲーム』」論究ジュリスト1号（2012）41頁以下
- 須田2015：須田守「取消訴訟における『完全な審査』（1）」法学論叢178巻1号（2015）33頁以下
- 仲野2014：仲野武志「法治国原理の進化と退化？」長谷部恭男編『岩波講座現代法の動態1』（岩波書店、2014）145頁以下
- 福井2007：福井章代「判解」『最高裁判所判例解説民事篇（平成16年度上）』（法曹会、2007）19頁以下
- 藤井2012：藤井樹也「立法者の努力を評価する司法判断」戸松秀典＝野坂泰司編『憲法訴訟の現状分析』（有斐閣、2012）406頁以下
- 藤田2012：藤田宙靖『最高裁回顧録』（有斐閣、2012）
- 2016：同『裁判と法律学』（有斐閣、2016）
- 宮地2015：宮地基「立法裁量統制の意義と限界」公法研究77号（2015）184頁以下
- 村上2007：村上裕章「判批」判例評論584号（2007）2頁以下
- 2013：同「判断過程審査の現状と課題」法律時報85巻2号（2013）10頁以下
- 2015：同「司法制度改革後における行政法判例の展開」公法研究77号（2015）26頁
- 毛利2010：毛利透「判批」民商法雑誌142巻5・6号（2010）450頁以下
- 山本2006：山本隆司「日本における裁量論の変容」判例時報1933号（2006）11頁以下
- 2012a：同『判例から探究する行政法』（有斐閣、2012）
- 2016：同「行政裁量の判断過程審査」行政法研究14号（2016）1頁以下
- 山本2012b：山本龍彦「立法過程の脱『聖域』化」法学セミナー685号（2012）66頁以下
- 山本2011：山本真敬「藤田裁判官の『判断過程統制』の検討」早稲田大学大学院法研論集138号（2011）201頁以下
- 2013：同「1人別枠方式をめぐる判例の『整合性』」早稲田法学会誌64巻1号（2013）225頁以下
- 2014：同「ドイツ連邦憲法裁判所における主張可能性の統制（Vertretbarkeitskontrolle）に関する一考察（1）」早稲田大学大学院法研論集151号（2014）383頁以下
- 渡辺2015：渡辺康行「『適正な紛争解決』の探求と憲法裁判」法律時報87巻4号（2015）67頁以下